

La transferencia de la propiedad y de los riesgos en la venta de cosas fungibles y el problema de la individualización en las obligaciones de género y cantidad*

ARTURO BARCIA LOPEZ

PROFESOR TITULAR JUBILADO DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES DE
BUENOS AIRES Y LA PLATA Y EXTRAORDINARIO DE LA
UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

Ante todo, no debe identificarse, ni confundirse, el *traspaso de la propiedad* con el de los *riesgos*, en la compraventa de *cosas fungibles* o de *cosas de género*, como tampoco en la de *cosas ciertas*.

Son dos *efectos* absolutamente diversos e independientes uno de otro, que pueden coincidir o no, según sea el sistema legislativo que se adopte al respecto, y que por tanto, deben ser separados y, distinguidos cuidadosamente.

De hecho, así ha ocurrido *históricamente* en la evolución jurídica, y ocurre también hoy, en el *Derecho civil comparado*.

Por ello, vamos a estudiarlos *separadamente*, comenzando por el primero.

a) TRANSMISIÓN DEL DOMINIO

1º — En el DERECHO ROMANO, no basta el simple *convenio*. El contrato de venta crea la *obligación*, a cargo del vendedor, de *entregar* la cosa al comprador, con el fin de transferirle el dominio, haciendo nacer en favor de éste, la *actio empti*, que permite exigir de aquél la efectiva *tradición* de la cosa, como *modo* de realizar esa transferencia, pero la venta por sí, no

* Las ideas que aquí se explican fueron expuestas por el autor de este trabajo como relator por la Argentina del tema 5º de Derecho civil, en la sesión del 6 de agosto de 1954, del IVº Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en la Universidad de París, por iniciativa de la *Academie Internationale de Droit Comparé* de La Haya.

produce efecto real ninguno. La propiedad de la cosa se adquiere *en el derecho primitivo por medios materiales*: solemnes, sacramentales, como la *mancipatio* y la *injure cessio*; y más tarde, por otro medio ya más espiritualizado, del "*jus gentium*", la *traditio*, o sea la entrega real y efectiva de la cosa con la intención de transferir la propiedad, que tiene sólo algunas atenuaciones excepcionales en la *traditio longa manu*, en el *constituto posesorio* y en la *traditio brevimanu*. Su ejecución por el vendedor es un efecto puramente *personal* de la venta, debiendo efectuarse en cumplimiento de la *obligación de dar*, creada por ese contrato consensual. Ambos actos son *distintos*, pero no *independientes*. La tradición está ligada en su suerte a las vicisitudes de la venta. La nulidad o resolución de ésta afecta en principio a aquélla, que no constituye, como en el actual derecho alemán un "*acto abstracto*", de "*investidura*" del derecho real.

Los textos son categóricos, desde las "Institutas" de Gaio (párr. 80, lib. III) hasta el pasaje del Digesto (libro 41, tit. I, fr. 9, párr. 3), reproducido en las "Institutas" de Justiniano (libro II, tit. I, párr. 40): "Las cosas cuyo dominio adquirimos por tradición se hacen nuestras por «*jus gentium*»", lo propio que la Const. 30, t. III, libro II del "Código": "*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*".

2º — En el ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL, vigente en los países hispano-americanos, antes de la sanción de sus respectivos códigos, sobre todo en las leyes de las SIETE PARTIDAS de Alfonso X, el Sabio, de fuente romanista, que prevalecieron en la práctica, en nuestro país, hasta la sanción, en 1869, del actual código civil; lo propio que en el antiguo derecho portugués, vigente en el Brasil y aun en el antiguo derecho francés, rigió durante siglos, el mismo principio de la tradición, conforme con textos legales semejantes a los del viejo derecho romano, lo cual explica su subsistencia actual en España, Portugal y la mayoría de los países de América Latina de origen ibérico, como Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay, Paraguay, Cuba, etcétera.

3º — En el CÓDIGO NAPOLEÓN, se consagra por el contrario el principio *consensualista* para la transferencia de la propiedad, entre las partes, en cuya virtud el mero *contrato de venta* puede operarla, desde el día en que la obligación del vendedor tenga que cumplirse aun antes de la efectiva *entrega* de la cosa, necesaria para la *posesión*, pero no para convertir al comprador en *propietario* de una cosa cierta. Por ello se dice que la venta tiene *efecto real* en este sistema, y sólo requiere en materia de *cosas genéricas* (fungibles o no) la previa *individualización* de la cosa, que la especifique y determine como "*cuerpo cierto*". De ahí la *mayor importancia del problema de la "especificación"* en este régimen, a los efectos de la transmisión del *dominio*, mientras que en los anteriores sólo puede tenerla respecto de los *riesgos*.

Los textos del código civil francés son bien notorios. Según el artículo 711 "la *propiedad* de los bienes se adquiere y transmite por *efecto de*

las obligaciones". El art. 1138 agrega que: "*la obligación de entregar la cosa... vuelve al acreedor propietario y pone la cosa a su riesgo desde el momento que debió entregarse, aunque la tradición no se hubiera efectuado, siempre que el deudor no haya sido constituido en mora, en cuyo caso los riesgos de la cosa continúan a su cargo*". En materia de compraventa dice el art. 1583 que: "*es perfecta entre las partes, y la propiedad es adquirida por el comprador, desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada, ni el precio pagado*".

Aunque se han señalado remotos antecedentes de estos principios en los antiguos derechos de *Egipto* y de *Grecia*, por algunos historiadores como Dareste y Beauchat, lo cierto es que su verdadero origen se debe, por un lado, a las *prácticas consuetudinarias* que fueron desvirtuando en la realidad, por medio de *ficciones convencionales*, la exigencia de la *tradición*; y por otro, a la influencia de la filosofía racionalista e individualista, que inspiró ya, a DOMAT, en el antiguo derecho, y sobre todo a la Revolución Francesa y a los autores del código Napoleón. Es otra consecuencia del dogma de la plena *soberanía* de la *voluntad individual* aun en materia de *derechos reales*, idealizando así y simplificando las relaciones jurídicas, pero con prescindencia y olvido del *interés social*.

Se sostiene que mientras la *posesión*, como potestad material y de hecho exige actos de similar naturaleza para ser transferida, en cambio la *propiedad* como *potestad ideal* o jurídica, sólo requiere la *común voluntad de las partes*. Se trata de una especie de *tradición civil*, según el concepto de PORTALIS, que viene a reemplazar a la real y efectiva del derecho romano, subsistente a pesar de todas sus atenuaciones, a través del antiguo derecho francés, y a la que POTHIER otorgaba su más firme adhesión.

Por lo demás, la transferencia de la propiedad, conforme con la *intención* de las partes no es un acto *independiente* del contrato mismo, sino que corre su propia suerte. Como efecto jurídico del mismo, es afectado por su nulidad o resolución; sin perjuicio de la *convalidación* que, respecto de terceros, produce en materia de muebles, el principio según el cual "*la possession vaut titre*".

Este sistema fue seguido por *Italia*, en el código de 1865, y se mantiene en el de 1942, según el cual "en los contratos de *transferencia de propiedad de cosa determinada*, la *propiedad se adquiere por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado*" (art. 1378). Igual solución recibe este problema en *Bélgica*, *Japón* y algunos países *hispano-americanos* como *Bolivia*, *Méjico* y *Venezuela*.

Tratándose de un sistema común a Francia e Italia, no es extraño su adopción por el "*Proyecto franco-italiano de obligaciones y contratos*" (art. 41); mientras el *Proyecto de "Ley uniforme sobre venta internacional de mercaderías"* (1939) del Instituto de Roma para la Unificación Internacional del Derecho Privado, deja librada la solución del problema a cada uno de los derechos nacionales, conforme con su art. 5º (cap. I, "Del objeto de la ley").

4º — En el DERECHO GERMANO-SUIZO, se mantiene firmemente la solución romanista, como en los antiguos códigos de *Austria* y de *Prusia*, coincidentes por lo demás con viejas costumbres germánicas y con la doctrina de los comentadores antiguos y modernos del *Corpus Juris*. El contrato de venta no produce *efecto real*, sino *personal* u *obligatorio*, creando un *derecho de crédito* a favor del comprador, para exigir del vendedor la transferencia de la propiedad mediante otro acto distinto, realizado de común acuerdo, con ese fin: *la tradición*; tratándose naturalmente, como aquí se trata, de *cosas muebles*.

En el CÓDIGO ALEMÁN, siguiendo al de PRUSIA, ese acto jurídico es no sólo distinto sino también *independiente*, con relación al de venta. Por ello se le llama "*acto abstracto*", de *investidura del dominio* sobre las cosas muebles por medio de la *tradición*, mientras que en los códigos de Suiza, Austria, Holanda, Hungría y en la mayoría de los del siglo xx que han seguido este sistema, el segundo acto entre las partes, corre la suerte del primero, limitado sólo en sus efectos por el valor *convalidatorio* respecto de terceros, de la "*posesión de buena fe de cosas muebles*".

5º — En el DERECHO ANGLO-AMERICANO, tenemos —fuera de los principios generales del *common law*, y substancialmente, como particulares aplicaciones del mismo, en su interpretación jurisprudencial— *leyes especiales* sobre la venta: la "*Sale of Goods Act*" de 1893, en *Inglaterra* y la "*Uniform Sales Act*", de 1907, en los *Estados Unidos*, promulgada en 31 Estados de la Unión norteamericana; mientras rige el *common law* en varios otros, con soluciones semejantes, aun en *códigos civiles* como los de *California*, *Dakota* y *Montana*, o el de *Luisiana*, de origen francés, al igual que el de *Quebec*, en *Canadá*.

Primitivamente, en este sistema, las ventas mobiliarias eran todas al contado, con recíproca entrega de cosa y precio, lo que suponía la simultánea ejecución de ambas prestaciones y la consiguiente transmisión del dominio. Pero desde el siglo xv, se reconoció una *acción* al comprador para exigir la *entrega de la posesión* que lo convertiría en *propietario*. Se llegó, así, a la distinción entre la *venta* (*Sale*) con *efecto real*, de transmisión del dominio, según la *intención* de las partes, presumida en principio, y la *promesa* de compraventa (*Agreement o Contract to Sell*), de *efecto personal* u *obligatorio*, por la cual las partes se *obligan* a realizar esa transferencia del dominio (arts. 1º, 17 y 18 de la *Sale of Goods Act* y arts. 1º, 18 y 19 de la *Uniform Sales of Goods Act*).

6º — En el DERECHO ESCANDINAVO, tenemos las *leyes uniformes* de *Suecia* (1905), *Dinamarca* (1906), *Noruega* (1907) e *Islandia* (1922), en materia de *venta mobiliaria*, en las cuales la venta como *contrato obligatorio* es independiente del sistema que se adopte en materia de derechos reales, propio de cada país. Solución idéntica a la del precitado *Proyecto sobre ventas internacionales de objetos mobiliarios* del Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (arts. 5º y 52).

7º — En el DERECHO ARGENTINO, bajo la influencia de la tradición *romanista*, de las antiguas *leyes españolas*, de los códigos de *Prusia y Austria*, del Proyecto de Freitas de código para el Brasil (1857), de la “*Consolidação*” del mismo autor, y de las obras de Savigny y de Mainz: “antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real” (art. 577); principio que se aplica, con algunas limitaciones respecto de terceros, en la venta de objetos corporales, susceptibles de valor económico, esto es de *cosas*, aun *fungibles*, tan pronto sean individualizadas como “cuerpo cierto”.

En una larga nota al precitado art. 577, el codificador argentino, Dalmacio Vélez Sársfield, siguiendo a FREITAS (“*Consolidação das leis civis*”), critica el sistema consensualista del código Napoleón y el de los que hasta entonces lo habían seguido en Europa y América.

En síntesis, se aducen en favor de la tradición las razones siguientes: 1º) A diferencia del derecho creditorio, que sólo existe entre las partes, el *derecho real*, por su esencia, es “*erga omnes*”. No se concibe un derecho de propiedad que no pueda oponerse a terceros. Por ello el solo consentimiento puede crear *vínculos personales de obligación*, entre acreedor y deudor, pero no *vínculos reales*, que a *todos* afectan y todos deben respetar. Es necesario que éstos se exterioricen y revelen por actos sensibles, exteriores y públicos. ¿Cómo se concibe que un derecho *real* pueda existir sólo respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho *absoluto* y sus correspondientes deberes jurídicos comprenden a *todos los individuos*. Cuando se le niega ese carácter, el dominio no existe. 2º) Es tomar la propiedad en su elemento *individual*, solamente, sin atender a su elemento *social* y contar con la *buen fe* de las convenciones, como si la *mala fe* no fuese posible. La cosa que se *conviene* transmitir es posible que no lo sea *en realidad* y la misma cosa puede ser vendida a personas diferentes. Si el contrato es suficiente, sin ningún signo exterior de la transferencia, el segundo comprador podría de buena fe transferir a otro la propiedad de la cosa, que así iría sucesivamente pasando a terceros. Habría choque de derechos, una colisión, donde por un lado se presenta el interés de uno sólo y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y se debe ser indiferente a la *constante incertidumbre del derecho de propiedad*, fundamento de todas las relaciones civiles? 3º) Por la naturaleza de las cosas, por simple lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por interés de la seguridad en las relaciones privadas, de la cual depende la prosperidad general, se comprende que el derecho real debe manifestarse por otros signos, diferentes de los del derecho personal, y tan visibles y públicos como sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. Esta es la razón del gran principio de la *tradición* que la sabiduría de los romanos estableció y que las legislaciones posteriores reconocieron.

Por ello, al igual que en derecho romano, el mero contrato no transmite la propiedad en el *sistema argentino*, exigiéndose al efecto entre las

partes la previa *entrega* de la cosa; y además las “*marcas*” o “*señales*” en el *ganado* y el *registro en los automotores* (art. 36, reglamento general de tránsito, ratificado por la ley 13.856²) y en los *caballos de carrera* (ley 11.242³). La *tradición* es también como en Roma, un acto *diferente* de la venta, pero no *independiente* o *abstracto*, sino subordinado a ella, en su validez y subsistencia entre las partes; sin perjuicio del efecto *convalidatorio* de la *posesión de buena fe de cosas muebles*, respecto de terceros (art. 2412, cód. civil).

De ahí que la venta sólo *obligue* al vendedor a efectuar la *tradición* de la cosa para transferir mediante ella el dominio (rt. 1323). No tratándose de ventas condicionales, de cosas sujetas a ensayo o prueba, sino de *calidad determinada* (conocida en el comercio o según muestras) *probando el vendedor que la cosa es de la calidad contratada, puede exigir su recibo y el pago del precio* (arts. 1323, 1427 y 1338, cód. civil).

La venta, *por junto*, de las cosas designadas *en masa*, formando un *solo todo* (unidad de objeto) hecha por un *solo precio* (unidad de precio), es perfecta desde su celebración, *como si fuera de cosa cierta*. En cambio si falta una u otra unidad, se considera hecha *por cuenta, peso o medida*, y la venta no es perfecta *hasta que las cosas estén contadas, pesadas y medidas* (arts. 1339 al 1342); pero no sólo por el *deudor*, sino también por el *acreedor* (art. 609). *El comprador puede obligar al vendedor a que pese, cuente o mida y le entregue las cosas vendidas y el vendedor puede obligar al comprador a que reciba las cosas contadas, pesadas o medidas y satisfaga el precio de ellas* (art. 1343).

La *entrega* de la cosa se rige por las reglas generales establecidas para la tradición (art. 1417), la cual se opera cuando una de las partes entrega voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibe (art. 2377), en alguna de las *formas* autorizadas por el código. Pero no por la sola declaración de voluntad del *tradens* de darse por desposeído o de dar al *adquirente* la posesión de la cosa (art. 2378). Si las cosas están en caja, almacén o edificio cerrados, basta la *entrega de las llaves* (arts. 2385, cód. civil y 463, cód. de com.). Sin perjuicio de las tradicionales formas del *constituto possessorio* y de la *traditio brevi manu* (art. 2387), la tradición queda también hecha: a) *por la remisión de la cosa a un tercero designado por el adquirente*, o su *colocación* en un lugar que esté a la exclusiva disposición del mismo (art. 2386); b) *por la entrega de los conocimientos, facturas, etc., conforme con el cód. de com., o la remisión de las cosas, por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remita las entregue al agente que deba transportarlas, siempre que el comitente hubiese determinado o aprobado ese modo de remisión* (art. 2388); c) *por los demás actos que permitan al adquirente tomarlas y disponer de ellas, como también por medio de las marcas puestas en las cosas por el comprador, en*

² Anales de Leg. Argentina, IX-A, p. 411.

³ Anales de Leg. Argentina, 1920-1940, p. 117.

presencia y con el asentimiento del vendedor, aun conservándolas éste en su poder, no ya como dueño, sino como depositario o detentador de cosa ajena, conforme con el acuerdo o la intención de las partes; d) por medio de la cláusula por cuenta, puesta en el conocimiento o carta de porte, con la cual se justifica la entrega marítima o terrestre, constituyendo así un título para acreditar la propiedad en favor de quien figura en ella y pudiendo éste ceder la mercadería a un tercero mediante endoso del documento, cuando es "a la orden"; e) finalmente por declaración o asiento en los libros o despachos de las oficinas públicas, en favor del comprador y con su conformidad, de acuerdo con el procedimiento fijado en las ordenanzas de aduana (arts. 463 y 337, cód. de com.).

De acuerdo con estos principios, la jurisprudencia ha declarado que "en las ventas C. I. F., el dominio se transfiere por la entrega de la documentación, con la cual el comprador puede disponer de la mercadería" (cám. comercial, febrero 7 de 1947, en Rev. LA LEY, t. 46, p. 286).

Por lo demás el art. 2389 establece que: "cuando se hubiesen recibido las cosas expresadas en una obligación se supone que si era cantidad (cosas fungibles) o cosa incierta (de género) ha sido ya individualizada... y que ha sido contada, pesada o medida si la cosa dependía de esas operaciones".

b) TRANSFERENCIA DE LOS RIESGOS

Veamos ahora las soluciones que ha recibido este segundo problema, tratándose de cosas ciertas primero y de obligaciones de género o de cosas inciertas, y en particular de cosas fungibles, después.

1º — En el DERECHO ROMANO, aunque la propiedad de las cosas vendidas, ciertas o inciertas, fungibles o no, sólo pasaba al comprador por la tradición, en cuya virtud el vendedor como deudor de ellas, continuaba siendo su dueño, con la sola obligación de entregarlas al comprador para transferirle el dominio mediante su entrega; sin embargo los riesgos de esas cosas, aun antes de la tradición, por el solo contrato de venta, quedaban transferidos al comprador, conforme con el principio vigente: *res perit creditori*, siempre que se trate naturalmente de una "cosa cierta", o bien de obligaciones de género o cantidad, convertidas en obligaciones de "cuerpo cierto" por su "determinación específica, después de ser individualizadas", ya que hasta ese momento las cosas inciertas (fungibles o no), jamás podrían perderse por caso fortuito: *genus aut quantitas nunquam perit* (conf. art. 604, cód. civil argentino).

De ahí la gran importancia, al respecto, de la determinación de las cosas a entregarse, aun permaneciendo ellas en poder de su dueño, (el vendedor), quien con la sola venta, sin desprenderse del dominio, ni de la posesión de la cosa, sea cierta, sea de género o cantidad, después de convertida en cierta por la determinación hecha por quien corresponda, pasaba los riesgos al comprador (*res perit creditori, periculum emptoris*).

Idéntico principio subsistió en el *antiguo derecho español y portugués*, siguiendo la tradición romanista, y se aplicó en los países *iberoamericanos*, como *derecho vigente*, antes de la sanción de sus respectivos códigos civiles, lo propio que en *Alemania* misma, bajo la influencia de los pandectistas, con anterioridad a la sanción de los Códigos del Imperio, con la sola excepción del antecedente contrario del código de *Austria* y del de *Prusia*.

Mucho se ha discutido entre los comentadores antiguos y modernos del derecho romano sobre el verdadero origen, fundamento y sentido de la famosa máxima, desechada por irracional e injusta en el derecho moderno, según la cual perecida por el *casus* la cosa cierta y también la genérica o fungible, *después de convertida en cuerpo cierto*, queda extinguida la obligación del vendedor, *subsistiendo sin embargo la del comprador*, que debía pagar el precio, aun cuando no obtuviese, por tal causa, la contraprestación correlativa.

Veamos, brevemente, algunas de las explicaciones que se han aducido, entre los romanistas.

En los *contratos bilaterales*, en general, dice WINDSCHEID, rige el principio de la no exigibilidad por una de las partes de la obligación de la otra, si no ha cumplido ya, u ofrece cumplir su propia obligación. ("*Exceptio non adimpleti contractu*", o bien "*non rite adimpleti contractu*"). Aunque actualmente falte esa contraprestación, porque ya fue cumplida (pago) o por otra causa equivalente que dé satisfacción al acreedor (novación, dación en pago, transacción, etc.), se puede exigir de la otra parte la obligación correlativa. Pero, si la obligación de una de las partes se extingue, sin satisfacción alguna del acreedor, por imposibilidad fortuita de cumplimiento, quedando liberado el deudor, ¿puede no obstante exigir la obligación correlativa de la otra parte? Y si ésta ya se cumplió, al quedar insatisfecho ¿puede repetir lo pagado? En otros términos, ¿ambas obligaciones recíprocas quedan extinguidas, o sólo la que es afectada por el *casus*, con *independencia* de la otra, que se mantiene en pie?

DERNBURG y algunos otros autores entendían que ambas obligaciones son *independientes*: la extinción de una, no afecta a la otra.

WINDSCHEID observa que en los *contratos bilaterales* hay una *interdependencia* recíproca de las prestaciones. Faltando una, no puede subsistir la otra, conforme con el principio de la *exceptio non adimpleti*. Pero la regla no es absoluta, tiene excepciones, y así en la compra-venta: *aunque la cosa perezca, no habiendo culpa del vendedor, lo mismo debe pagar el precio el comprador*.

PUNTSCHART pretende limitar la regla al caso de mora del comprador en el recibo de la cosa, por no haber ido a buscar la prestación, después que el vendedor la tenía a su disposición. Por ello basta al vendedor estar dispuesto a entregar la cosa para recibir o exigir el precio. Luego en las ventas a plazo, antes del vencimiento, el riesgo será del *vendedor*, lo cual es negar la "máxima", categóricamente resultante de textos expresos.

WINDSCHEID sostiene que la *venta* produce un *efecto real* entre las partes, conforme con su común *intención* de transferir y adquirir el dominio. En tal virtud los riesgos pasan al comprador, quien por la *venta* incorpora la cosa a su patrimonio (*"Pandette"*, párr. 321, p. 251, Torino, 1930). Por ello no se aplica la máxima (*res perit creditori*) en los contratos de uso y goce, como la *locación*, y sí en otros de *enajenación*, como la permuta, o el aporte de dominio en la sociedad. Aunque esta opinión es compartida por varios romanistas como LENEL, KUNTZE, y en parte por MOMSEN, la mayoría le es contraria.

Por de pronto cabe observar que la *exceptio non adimpleti* es inaplicable. Se refiere al caso de *incumplimiento culpable* de una de las obligaciones recíprocas, en el contrato bilateral, y aquí no hay *incumplimiento* sino *extinción* por imposibilidad de cumplimiento de una de las prestaciones; y por otra parte no puede sostenerse, como principio, el *efecto real* de la *venta* en Roma, en contra del sistema comúnmente admitido de su sola *obligatoriedad*, según los textos expresos y categóricos, ya citados anteriormente, que exigen la *tradición*.

Algunos entienden que esa máxima quedó como un resabio del *derecho primitivo* en que la *venta* era un *contrato real* (REGELSBERGER y PERNICE). O bien que su origen está en el *derecho griego* (HOFMANN).

Habría, para otros, una *ficción de cumplimiento*, al producirse por el *casus* la extinción de la obligación del vendedor. Su incumplimiento sin culpa, se tendría como suficiente *ejecución*, para reclamar la contraprestación.

Mientras hay autores que insisten todavía en el principio primitivo de la *independencia de ambas prestaciones* (Béckman); otros concluyen sosteniendo que *no hay explicación alguna satisfactoria*, que es una regla completamente *irracional*.

USAL
IHERING en su "Anuario para la dogmática del derecho privado romano y germánico actual" (ts. III y IV), dedicó a estos problemas interesantes estudios, que más tarde fueron traducidos al francés por Melaeneure y publicados entre las "*Oeuvres choisies*" de aquel célebre romanista (París, 1893).

Tenemos así, en el t. I, ps. 89 y sigts. de dicha versión francesa, sus "Observaciones sobre la teoría de los riesgos en el contrato de compraventa", que aparecieron en el t. III, núm. VII, p. 449, año 1859, del "*Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen römischen und Deutschen privat recht*", donde a propósito de las *ventas sucesivas de la misma "cosa cierta" a diversos compradores*, trata de desentrañar el verdadero sentido y fundamento del "*res perit creditori*", por el cual el comprador soporta los riesgos de tales cosas como simple *acreedor*, aun antes de la *tradición* que lo convierta en *propietario*. Y observa con razón que, en aquel supuesto, tendríamos la solución absurda e injusta de que el vendedor podría reclamar de cada uno de los compradores el pago del precio, si la cosa no hubiese podido ser entregada a ninguno de ellos por su pérdida fortuita e inculpable.

Según IHERING, la *venta*, en su forma más natural y simple, que es la *primitiva*, históricamente, significa un cambio *simultáneo* y al *contado*, un *trueque directo* de la cosa y el precio, entregados al propio tiempo, con lo cual el *casus* no puede tener acceso al contrato. Sólo cuando hay un intervalo de *tiempo*, entre el nacimiento de la obligación de dar y su ejecución, cabe la posibilidad de pérdida fortuita, como sucede en los contratos continuativos (*locación de cosas o servicios*) en los cuales el riesgo debe ser soportado por ambas partes recíprocamente y en igual medida. El *casus* extingue las obligaciones de ambas partes. Pero en la venta, en su forma *primitiva*, no hay acceso posible del *casus*. Este sólo puede entrar en supuestos excepcionales como los de *mora* del comprador en recibir la cosa, o bien de *fijación de un plazo* para hacerlo, en cuyo caso *el vendedor tiene que guardar y conservar la cosa para el comprador y en su interés*. Justo es entonces que lo haga *por cuenta y riesgo del mismo* (*acreedor de la cosa*), *que se beneficia con la dilación en liquidar el negocio*. El vendedor queda trabado por la venta, tiene que *guardar y cuidar la cosa* hasta la *entrega*, no puede disponer de ella, ni evitar su pérdida. El comprador que se beneficia con el plazo, debe *soportar el riesgo de pérdida fortuito*, en ese interregno.

Así el "*periculum emtoris*", el "*res perit creditori*" tendría el carácter y el sentido de un *seguro*, de una *indemnización* al vendedor, garantizada por el comprador para cubrir los *riesgos* de la operación, que en virtud de la compraventa *a plazo*, él toma a su cargo. Siendo *indemnizatorio*, el precio no puede ser cobrado más que *una sola vez*. De otro modo sería una fuente de lucro indebido e injusto. El *precio de venta funciona* como una *avaluación convencional y anticipada del daño* sufrido por el vendedor. El comprador *asegura* al vendedor el *precio* de venta, como una *indemnización* por el *riesgo de pérdida fortuito*, que él mismo ha creado en la *venta a plazo*. Por ello, toda venta comprende, además del contrato *principal*, otro *accesorio* que produce sus efectos en el caso de *pérdida fortuita* de la cosa; y el *precio* de la venta es la *estimación* de ese perjuicio como en las "*arras penitenciales*". Habría aquí un *pacto tácito* o supuesto para explicar esa solución aparentemente injusta.

2º — En el DERECHO FRANCÉS, al igual que en Roma, por el solo contrato de venta, conforme a la *intención* de las partes, aun antes de la entrega del "*cuero cierto*", los *riesgos* quedan transferidos al *comprador*. Pero no por aplicación del "*res perit creditori*", abandonado ya, en el derecho moderno, según la mayoría de los comentadores del código Napoleón, sobre todo los más recientes, sino conforme con el nuevo principio "*res perit domino*", en cuya virtud operada la transferencia de la propiedad por la venta en la forma que ya vimos, junto con ella pasan los riesgos al comprador, dueño de la cosa, aun antes de su entrega.

Todo ello respecto de las *cosas ciertas*, y también *después de individualizadas, de las cosas inciertas* (fungibles o no).

Se llega así, al mismo resultado que en el derecho romano, pero por otro camino, que evita la aparente contradicción y falta de lógica de aquél.

Pero se incurre en el grave error de confundir la “obligación” con el “derecho real” y el “contrato” con el “dominio”, al darle efecto real a la compraventa, al menos entre las partes, en contra del sistema romano de la tradición (concord. con esto, los arts. 1378 y 1466, cód. civil italiano de 1942).

De todo lo que antecede resulta, por una parte, el error y la injusticia del “*resperit creditor*”, ya que lo lógico y equitativo es que sea el dueño de la cosa quien soporte el *periculum*, así como tiene el *comodum*, principio ya universal y constante en el derecho moderno; y por otra parte que esos riesgos afecten al vendedor, o sea al deudor (*res perit debitori*), que es el dueño, antes de la entrega; y no al comprador, o sea al acreedor, que no lo es, hasta ese momento, conforme al sistema de la tradición en virtud de las razones que dimos al hacer la crítica del sistema francés y de los que lo siguieron en Europa y América.

3º — En el DERECHO ARGENTINO, el Código civil, apartándose del viejo principio romano y del antiguo derecho español, al igual que lo hiciera FREITAS, respecto de las leyes portuguesas vigentes en el Brasil, consagra el nuevo principio: *res perit domino*; que al combinarse con el sistema de la tradición, para la transferencia del dominio, hace que quien soporte los riesgos sea el deudor, o vendedor, como propietario (arts. 1416, 578 y 513, cód. civil). Por ello, si la cosa perece, sin culpa del mismo, antes de la tradición, su obligación se extingue, pero también desaparece la obligación recíproca y correlativa del comprador de pagar el precio; y si lo hizo ya, puede repetirlo. Recién con la tradición o entrega de la cosa por el vendedor al comprador, en cumplimiento de la obligación contraída, hay traspaso de la propiedad y de los riesgos. Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales y la cosa se pierde, sin culpa del deudor, la obligación se disuelve para ambas partes (art. 578 y su nota). En los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad del pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor, a quien el deudor debe devolver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida (art. 895 y su nota, art. 1413, cód. civil y art. 467, cód. de com.).

4º — En el DERECHO ANGLO-AMERICANO, junto con la transferencia de la propiedad, conforme a las reglas que ya hemos expuesto, se opera asimismo el traspaso de los riesgos. Así resulta de la sec. 30, *Sale of Goods Act* en Inglaterra, y de la correspondiente de la *Uniform Sales Act* en los Estados Unidos: “el riesgo y peligro de la cosa está a cargo de quien adquirió la propiedad, aun antes de la tradición. Si el retardo en la entrega es culpa del vendedor o del comprador, el riesgo es a cargo de la parte culpable en lo que respecta a los daños debidos a su culpa”.

5º — En el DERECHO GERMANOSUIZO, de los códigos de Alemania, Suiza y demás países que en el siglo xx, siguieron esos modelos, cuyos antecedentes más remotos son el código de Prusia de 1794 y el de Austria de 1911, también se opera la transferencia de los riesgos juntamente con la trans-

misión de la propiedad. Pero a diferencia del sistema francés y del anglo-americano, no hay *efecto real* sino *obligatorio*, de la venta y por ello, recién se producen tales efectos con la *tradición* de la cosa, y no por el simple "acuerdo de voluntades".

c) VENTA DE COSAS FUNGIBLES: SU INDIVIDUALIZACIÓN

Todo lo expuesto hasta aquí, ocurre en la venta de "cosas inciertas", perfectamente especificadas e individualizadas, como puede serlo también la venta de un "*determinado lote de mercaderías*" por un solo precio (arts. 1339 y 1341, cód. civil argentino). Pero, tratándose de obligaciones de *género* (no fungibles) o de *cantidades* (fungibles) se hace necesario para la aplicación de los mismos principios, la previa *determinación específica de las cosas*, mediante su *individualización*, por *elección* de la parte a quien corresponda hacerla; esto es del *deudor*, a falta de convenio en contrario (conf. ley inglesa de la venta, arts. 16 y 17; ley norteamericana, arts. 17 y 18; art. 601, cód. civil argentino).

Veamos entonces, *cómo* y *cuándo* debe considerarse realizada esa *especificación* o *determinación* de las *cosas inciertas* (fungibles o no), que al convertirlas en *cuerpo cierto*, las somete a los principios que acabamos de expresar. O en otros términos, ¿cuál es el acto o el hecho del *deudor*, cuando éste tiene la *elección* (art. 601, cód. civil argentino), que produce la suficiente, definitiva e irrevocable "*individualización*" de las *cosas inciertas*, de *género* (no fungibles) o de *cantidad* (fungibles), convirtiéndolas en *cosa cierta* y sometiéndolas, por tanto, a su régimen?

Fuera del supuesto, por todos admitido y naturalmente obvio de *convenio* o *acuerdo entre las partes*, sea *tácito* o *expreso*, *previo* o *subsiguiente*, hay un gran número de *criterios* posibles, que en doctrina se han propuesto para solucionar este *problema*. Su importancia, por otra parte, es mucho mayor, por su trascendencia, en aquellos sistemas *históricos*, en que rigió la máxima: *res perit creditori* (derecho romano y antiguo derecho español, portugués, francés o alemán) o aun en los *modernos* donde impera el *res perit domino*, pero con *transferencia de la propiedad y de los riesgos por el simple convenio*, como consecuencia del efecto real de la venta (códigos de *Francia*, *Italia*, etc. y leyes de *Inglaterra* y *Estados Unidos* sobre la venta). En cambio, son más limitados sus efectos en aquellos otros países, donde rigiendo también el principio *res perit domino*, no se opera, sin embargo, la *transferencia* de la propiedad y de los riesgos, sino por la *tradición*, en cuya virtud esa *elección* o *individualización*, en las cosas de género o en las cosas fungibles, sólo produce la *disolución del contrato para ambas partes*, en los casos de *imposibilidad fortuita de cumplimiento*, después de operada aquella *específica determinación de la cosa* y antes de su *entrega* al acreedor (derecho germano-suizo, antiguos códigos de Prusia y de Austria, códigos argentinos: civil y comercial; y demás legislaciones adheridas en el siglo xx a este sistema).

SALEILLES, teniendo en cuenta los trabajos de Ihering y de Windscheid y las soluciones del derecho alemán, propone una *clasificación tripartita* de aquellos *divergentes criterios* y aunque ella se ha repetido y glosado, no siempre con exactitud, por la generalidad de los tratadistas, en diferentes países de Europa y América, no es sin embargo ni muy completa ni muy precisa (SALEILLES, "Obligaciones", núm. 11; comp. COLMO, "Obligaciones", núm. 395).

Resulta preferible *enumerar* en brevísima *síntesis* y siguiendo el *proceso lógico* de la *actividad del deudor*, las diversas opiniones de los autores que contemplan en forma parcial y excluyente las *sucesivas etapas* de ese proceso de determinación específica, desde la simple "*separación*", hasta la efectiva "*tradición*" de las cosas *inciertas* (fungibles o no).

a) Algunos como HEYER y PUNTSCHART consideran necesario y suficiente la simple *separación unilateral* de las cosas, por el *vendedor* en forma *material y definitiva*, la cual tratándose de cosas *fungibles* se realizaría mediante su *cuenta, peso o medida* (art. 1585, cód. Napoleón) o aun por el *embalaje*, o la colocación de *marcas o señales* que las *identifiquen*, realizadas también por el vendedor *sólo*, cuando a él corresponde la elección sin intervención de la otra parte (*Ausscheidungs-Theorie* o *Doctrina de la separación*).

b) Otros autores requieren, *además*, la consiguiente *notificación* de esas operaciones unilaterales del deudor al acreedor, ya simplemente *expedida* por correspondencia (REGELSBERGER) o *recibida*, y aun *conocida* por el destinatario, a fin de que pueda volver su pensamiento a las cosas individualizadas y contar con ellas (THOL, PUCHTA, AHRENS) o bien que tales operaciones sean *aceptadas* (tácita o expresamente) por la otra parte (BEKKER, VIVANTE, etc.) o realizadas por el propio *acreedor* (art. 609, código argentino) o en su presencia (*especificación contradictoria*) o mediante *marcas* puestas por el *comprador* con asentimiento del vendedor (art. 463, cód. de com. argentino).

c) Para otros, en cambio, es necesario la *expedición* de las cosas elegidas por el deudor para cumplir la prestación, ya remitiéndolas *directamente al comprador en el mismo lugar*, ya entregándolas a un *transportador*, que se encargue de llevárselas, sea por vía *terrestre o marítima*, en las *ventas a distancia*, en cuyo caso el vendedor debe hacer con él un contrato que sea *razonable* (sec. 32 y 33, leyes inglesa y norteamericana sobre la venta; art. 345, cód. de com. y primer proyecto de cód. civil de Alemania, y art. 1378, cód. civil italiano de 1942).

d) Por fin, según algunos, sólo concluye el proceso de "*determinación específica*" de las cosas *genéricas o fungibles* en forma definitiva e irrevocable, con la *entrega real y efectiva de cosas que se ajusten a la obligación contraída*, no susceptibles de ser *rechazadas* legítimamente por el acreedor,

o bien *aceptadas* (expresa o tácitamente) por él (THIBAUT, WINDSCHEID, CROME, THALLER, etc.).

En esta última solución, si sólo la *entrega de las cosas elegidas por el deudor*, sirve para individualizarlas, transfiriendo recién entonces la propiedad y los riesgos al acreedor, tendríamos una coincidencia del *sistema francés* y del *anglo-americano* con el *germano-suizo*, aceptado también por los *códigos argentinos*, en materia de *cosas fungibles* (artículos de los códigos civil y comercial citados anteriormente).

Frente a todos esos divergentes criterios un tanto unilaterales y *exclusivistas*, tenemos la *solución flexible y práctica* de IHERING⁴ en su célebre estudio sobre la *determinación en las obligaciones genéricas*, publicado en el t. IV, p. 366 (Iena, 1861), de su "*Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen römischen und Deutschen Privat Recht*", cuya versión francesa por Melaeneure se incluyó en las "*Oeuvres choisies*" (t. 1, ps. 125 y sigts., París, 1893).

Teniendo en cuenta la influencia del *lugar del cumplimiento*, que en principio, tratándose de *cosas fungibles*, es el *domicilio del deudor* (arts. 607 y 747, cód. civil argentino) y la distinción entre los *diferentes casos* en que según la *común intención* de las partes, la mercadería debe ser solamente *presentada* al comprador, *mandada a buscar* por él o bien *remitida o entregada en el mismo lugar o expedida a distancia* (por vía terrestre o marítima), IHERING llega a la conclusión de que "los riesgos pasan al comprador con la *"ejecución o cumplimiento del contrato, o sea "desde el momento en que el vendedor (deudor) ha hecho todo cuanto le incumbía para cumplir de su parte con la obligación, según el contrato, o bien desde que la mora del acreedor impidió su ejecución"* (*Lieferungs-Theorie — Doctrina del suministro o ejecución*).

Si se convino (expresa o tácitamente), que el autor del pedido debía *venir a buscar* la mercadería, su *separación* previa, por el vendedor sólo, no lo libera, mientras *no venga el comprador a buscarla*, o sea constituido en *mora*. Si se entendió que la mercadería *debía ser llevada* al comprador, el vendedor no se libera hasta que *la llevó*. Si se estipuló que debía ser *expedida*, hasta que *la expidió*. Quien debía llevarla y sólo se ha puesto en camino, sólo ha comenzado a hacer lo que le incumbía y soporta el riesgo *hasta que concluyó de ejecutar la prestación*. Quien debía *expedirla*, al hacerlo ha hecho *cuanto le incumbía* y no carga ya con el

⁴ El criterio de IHERING en esta materia es muy *diferente* del propiciado por él en las *obligaciones alternativas*, como realmente tenía que serlo, pues *las situaciones son muy distintas y no deben equipararse*, contrariamente a lo que suponen autores argentinos como COLMO ("Obligaciones", núm. 395, 396 y 402), LAPAILLE ("Obligaciones" [Bs. Aires, 1950], vol. II, núms. 1020 y 987, notas 73 y 79) y ALSINA ("Obligaciones alternativas", núm. 36). Tampoco es exacto que IHERING, después de defender la tesis de la *ejecución* en las *obligaciones de género*, haya cambiado de opinión y "sustentado un tiempo después la tesis inversa para las *alternativas*", como afirman ALSINA, núm. 54 y LAPAILLE, núm. 937, notas 73 y 79, puesto que esa opinión sobre las *alternativas* está en el "*Prefacio*", t. I (año 1857), p. 31, de los citados *Anales para la Dogmática y el estudio sobre las de género* recién apareció cuatro años más tarde en el t. IV, p. 366 (año 1861). Es precisamente lo contrario de lo que afirman ALSINA y LAPAILLE.

riesgo sobreviniente durante el viaje. La *separación* no es necesaria, por sí sola, ni suficiente. Ninguna legislación civil o comercial, dice IHERING, se ha conformado con ella sola, sin exigir además la *ejecución* del contrato, para el traspaso de los riesgos. Algunos como el cód. de com. húngaro, exigen la *tradición*; y el *Landrecht* prusiano dice que la *entrega* se tiene por efectuada, *entre ausentes*, cuando la mercadería ha sido *remitida* al comprador o persona autorizada por él para recibirla, *entregada al correo, al transportador o al capitán del barco*. Otros, en *cambio*, conforme con los viejos textos romanos, respecto de las obligaciones de cantidad exigen que las cosas sean *contadas, pesadas o medidas*; pero agregan que las mercaderías salidas del almacén del vendedor, o *expedidas*, en las ventas a distancia, *viajan a riesgo y peligro de aquel a quien pertenecen*. El proyecto de cód. de com. alemán, art. 322 (hoy 345), dispone: “con la entrega de la mercadería al agente de transporte, los riesgos son para el comprador”. Los mismos textos romanos que se citan implican una *idea de relación*, respecto de esas operaciones, que se hacen *a la otra parte*, en su *presencia* o con su *asentimiento* (expreso o tácito), lo cual significa la entrega o *ejecución del convenio*. Tal es el sentido del *admetire, ad numerare, ad mensurare*. Por ello, en el cód. civil argentino debe hacerse todo esto *por el acreedor* (art. 609) o con su *asentimiento* (expreso o tácito).

No hay, pues, una regla fija y uniforme, todo depende de los términos del *contrato* y de la común *intención* de las partes sobre la *forma* de cumplimiento y el *lugar* de efectuarlo.

Esta fórmula de IHERING, tan *amplia* y tan *flexible*, ha terminado por prevalecer en la doctrina moderna. Fue adoptada en los *Proyectos* del código civil alemán, y de un modo aún más preciso en el texto definitivo (art. 243), influyendo en los Códigos del siglo xx y en *Proyectos* de reforma, como el argentino del doctor Bibiloni, según el cual: “la *individualización* de las cosas (de género), limita a ellas la obligación. Se efectúa *ejecutando el deudor* (o el acreedor, si le corresponde la elección), *todos los hechos que le incumben para la prestación de las cosas adeudadas*”. El art. 243 del cód. civil alemán, que le sirvió de fuente, dice: “*Cuando el deudor ha hecho todo lo que era exigible de su parte para la prestación de una cosa (sólo determinada por su género), la relación obligatoria se restringe a esa cosa*”. Una fórmula semejante es la del “*Proyecto de ventas internacionales de objetos mobiliarios*” del Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (1939), en sus arts. 19 y 54; solución admitida también en el acta final de la *Conferencia de La Haya de 1951* sobre el referido *Proyecto de ley uniforme*. Y es también la del *Proyecto de “Code international des obligations”*, de COSENTINI, arts. 880 y 882 (París, 1937).